Ist die Übertragung des Besitzes in Erfüllung eines Miet- oder Pachtvertrages als Verfügung im Sinne des § 883 II B. G. B. anzusehen?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der

Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Marpmann

aus Wittenberge.

Referendar am Königlichen Landgericht zu Wiesbaden.

Approbiert am 16. Oktober 1911.

Mainz 1912.

Druck von Oscar Schneider.

210

Ist die Übertragung des Besitzes in Erfüllung eines Miet- oder Pachtvertrages als Verfügung im Sinne des § 883 II B.G.B. anzusehen?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der

Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Marpmann

aus Wittenberge.

Referendar am Königlichen Landgericht zu Wiesbaden.

Approbiert am 16. Oktober 1911.

ACAD. IURID. BAT. BIBL.

Mainz 1912.

Druck von Oscar Schneider.

Referent:
Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Inhaltsübersicht.

Seite.

§ 1. Der Schutz des Vorgemerkten im Falle der Verpachtung des Grundstücks seitens des Grundstückeigentümers entspricht der Billigkeit 1

§ 2. Aus der Terminologie des B. G. B. kann nicht hergeleitet werden, daß die Besitzeinräumung auf Grund eines Pachtvertrags keine Verfügung ist 2

§ 3. Vorkommen der Verfügung im B. G. B. und anderen Reichsgesetzen. Verfügen ist nur rechtliches Verfügen 3

§ 4. Der Begriff des Verfügungsgeschäftes umfaßt nicht obligatorische Verpflichtungen 7

§ 5. Der Pachtvertrag ist obligatorisch 8

§ 6. Verfügungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft sind nicht identisch . . 10

§ 7. Verfügungsgeschäft und dinglicher Vertrag sind ein und dasselbe. Die Einigung im Sachenrecht des B. G. B. ist kein dinglicher Vertrag 11

§ 8. Der Besitz ist kein dingliches Recht. Die Einigung im Falle des § 854 II ist kein dinglicher Vertrag 20

§ 9. Der § 883 II B. G. B. ist insofern einer Ausdehnung fähig, als nicht nur Verfügungen, sondern auch andere rechtlich bedeutsame Ereignisse, durch die das Recht des Vorgenannten beeinträchtigt wird, darunter fallen 22

Benutzte Literatur.

Affolter im Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 17.
Bekker in Iherings Jahrbüchern Bd. 34.
Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre in Beiträge zur Auslegung des Bürgerl. Gesetzbuches 1902. H. 1.
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches 1903.
Binder in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 59.
Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches 1900.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes Bd. I. 1903, Bd. II. 1904.
Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechtes Bd. I. 1900.
Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reiches und Preußens Bd. I 1906.
Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 45, 47, 48, 53.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes Bd. I. 1903.
Entscheidung des R. G. in Z. S. Bd. 54, 59.
Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes seit 1909.
Entwurf erster Lesung 1888.
Fischer, Vortrag über das Sachenrecht des Entwurfes.
Förster im Recht Bd. V.
Frank, Der Besitzwille nach dem B. G. B. Bonner Diss. 1898.
Fuchs, Grundbuchrecht 1899.
Fuchs bei Gruchot Bd. 46.
Gareis, Der Allgemeine Teil des B. G. B. 1900.
Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht.
Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II. 1905.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B. 1897.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.
Jastrow in der Zeitschr. für deutsch. Zivilprozeß von Schultzenstein und Vierhaus Bd. 25.
Kappler, Lehre vom Besitz, Freiburger Diss. 1899.
Koffka, Die rechtliche Bedeutung der Gebundenheit der Beteiligten an die Einigung nach § 873 II in der Festgabe für R. Wilke.
Krücke, Die Verfügung des B. G. B., Marb. Diss. 1907.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. Bd. II 1898/99.
Linckelmann im Arch. f. B. R. Bd. 13.
v. Liszt, Die Deliktsoblig. des B. G. B. 1898.
Männer, Das Sachenrecht nach dem B. G. B. 1906.
Mathias, Lehrbuch des Bürgerl. Rechtes Bd. II. 1900.
Meisner, Das Recht der Schuldverh. 1898.
Mitteis, Zwei Fragen aus dem Bürgerl. Recht 1905.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. 1888 Bd. I—IV.
Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung, Rost. Diss. 1903.
Oertmann, B. G. B. Erstes Buch Allgem. Teil 1908.
Oertmann, B. G. B. Zweites Buch, Recht der Schuldv. 1910.
Oertmann im Arch. f. B. R. Bd. 20.
Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, Marb. Diss. 1904.
Planck, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsges. Bd. I. und III. 1903 flg.
Protokolle der zweiten Kommission Bd. III.
Puchta, Pandekten Bd. I. 1877.
Ramdohr bei Gruchot Bd. 44.

v. Staudinger, Kommentar z. B. G. B. Bd. I. 1910.
Schmidt und Habicht, Kommentar zum B. G. B. (Familienrecht) I. Lieferung 1900.
Seligsohn, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden, Rost. Diss. 1903.
Sohm, Der Gegenstand 1905. Zit. als Sohm I.
Sohm im Arch. f. B. R. Bd. 28. Zit. als Sohm II.
Sokolowski, Der Besitz im Klass. Recht und dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch 1907.
Strecker, Die Allg. Vorschriften des B. G. B. über Rechte in Grundstücken, Guttentag 1898.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B. 1901.
Strohal, Der Sachbesitz in Jh. J. Bd. 38.
Strohal, Dasselbe als Separatabdruck 1897.
v. Thur, D. J. Z. 1904.
Wendt im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 89.
Wilutzky im Arch. f. B. R. Bd. 28.
Windscheid (Kipp), Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 1906.
Wolff, Der Begriff des Besitzes nach dem deutschen B. G. B. Erlang. Diss. 1898.
Wolff (Enneccerus, Kipp, Wolff), Lehrbuch 1910.
v. Ziegesar, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden, Rost. Diss. 1902.
Zimmermann, Die Rechtswirkungen der Veräußerung und der Belastung des vermieteten Grundstückes auf das Mietverhältnis nach deutsch. Rechte 1901.
Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. II. 1898/1903.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf des B. G. B. Bd. III.

§ 1.

Die Frage, ob die „Übertragung" oder, um uns vorsichtiger auszudrücken, die „Einräumung" [1]) des Besitzes in Erfüllung eines Miet- oder Pachtvertrages als „Verfügung" angesehen werden kann, ist in der Literatur häufig behandelt worden, wobei die mannigfaltigsten Gründe und Gegengründe geltend gemacht worden sind.

Die Frage wird von praktischer Bedeutung unter anderem im Falle des § 883 II, wonach eine Verfügung, die nach der Eintragung einer Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch des Vorgemerkten vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Man denke z. B. an folgenden Fall [2]): Es hat jemand ein Grundstück gekauft und seinen Anspruch auf den Eigentumserwerb gemäß dem Kaufvertrage vormerken lassen; nach eingetragener Vormerkung, aber vor Eintragung des neuen Eigentümers, wird das Grundstück vom Veräußerer verpachtet oder vermietet und dem Pächter oder Mieter in Besitz übergeben. Kann hier, nach der demnächst erfolgten Eigentumseintragung, der neue Eigentümer von dem Pächter oder Mieter die Räumung des Grundstücks verlangen?

Es soll zunächst darauf hingewiesen werden, daß diese Forderung der Billigkeit entspricht. Der Vorgemerkte hat beispielsweise beabsichtigt, auf dem gekauften Grundstück eine Fabrik zu errichten oder eine darauf befindliche Fabrik in Betrieb zu nehmen, und bereits alle Vorbereitungen für den Bau bzw. die Inbetriebnahme getroffen. Die „Beeinträchtigung", die sein Recht durch die Besitzeinräumung seitens des Veräußerers an den Pächter bzw. an den Mieter — der dem ersteren im folgenden überall gleichzustellen ist — erfahren hat, ist denn doch eine offensichtliche. Eine Beschränkung seiner Ansprüche auf den obligatorischen Schadensersatzanspruch dürfte kaum gerechtfertigt erscheinen.

Es läßt sich allerdings nicht verhehlen, daß durch den Schutz des Vorgemerkten nunmehr der Pächter erheblich geschädigt werden kann. Es würde also die Billigkeit, die man dem Vorgemerkten widerfahren ließe, zur Unbilligkeit gegenüber dem Pächter werden. In einem derartigen Fall, könnte man daher sagen, wo die Billigkeit den Schutz zweier Personen verlangt, muß derjenige bevorzugt werden, der im Besitz der Sache ist. Hier also der Pächter. Demgegenüber ist aber zu betonen, daß der Pächter

[1]) Die Hingabe einer Sache zu bloßem Besitz heißt im B. G. B. „Überlassung" der Sache, des Gebrauchs oder „Einräumung" des Besitzes vergl. z. B. §§ 536, 549, 552, 553, 571, 577, 578, 732, 861, 869 usw. Nur im Falle des § 870 spricht das Gesetz von „übertragen" des mittelbaren Besitzes.

[2]) Mitgeteilt von Mitteis, Zwei Fragen aus dem B. R. S. 40.

sich hätte erkundigen und aus dem Grundbuche die Eintragung der Vormerkung hätte ersehen können, daß ihn daher ein gewisses Verschulden trifft, wenn er die Einsichtnahme des Grundbuchs unterlassen hat. Wenn er nun dem Rechte des Vorgemerkten weichen muß, so beruht der Schaden, den er dadurch erleidet, auf eigenem Verschulden. Den Vorgemerkten dagegen würde, falls man ihm das Recht, die Räumung des Grundstücks zu verlangen, nicht gäbe, der ihm dadurch erwachsende Schaden völlig unverschuldet treffen. Und so sind wir zu dem Schlusse berechtigt, daß der Schutz des Vorgemerkten in höherem Maße der Billigkeit entspricht, als der Schutz des Pächters.

Wir werden in folgendem nachzuweisen versuchen, daß die Einräumung eines Besitzes auf Grund eines Pachtvertrages nicht als Verfügung angesehen werden kann, daß aber der § 883 II insoweit einer Ausdehnung fähig ist, als auch rechtlich bedeutsame Handlungen, die keine Verfügungen sind, durch die aber dessen ungeachtet der Anspruch des Vorgemerkten beeinträchtigt wird, dennoch von der Bestimmung des Abs. 2 mitbetroffen werden sollen.

§ 2.

Der Sprachgebrauch des Gesetzes scheint zunächst dagegen zu sprechen, daß die Grundstücksverpachtung als Verfügung angesehen werden kann, ja es scheint zwischen beiden prima facie ein direkter Gegensatz zu bestehen. So sagt z. B. § 1375, daß das Verwaltungsrecht des Ehemannes beim gesetzlichen Güterrecht nicht die Befugnis umfaßt, über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung der Frau zu „verfügen", während nach § 1423 die „Verpachtung" eines zum eingebrachten Gut gehörenden Grundstücks durch den Mann als selbstverständlich zulässig angesehen wird. Nach § 2113 ferner ist die „Verfügung" des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Vorerben vereiteln oder beeinträchtigen würde, während im Falle der „Verpachtung" des Grundstücks seitens des Vorerben dem Nacherben lediglich die Befugnis zusteht, das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen (§§ 2135, 1056 Abs. 2). Endlich ergibt auch der Zusammenhalt der §§ 1821 und 1822 dasselbe Resultat; während nämlich § 1821 Z. 1 bestimmt, daß der Vormund zur „Verfügung" über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstücke der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, hat § 1822 Z. 4 dasselbe Erfordernis noch einmal für einen „Pachtvertrag" über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb aufgestellt[1]).

Indessen läßt sich aus der Terminologie des Gesetzes die Frage, ob die Verpachtung Verfügungscharakter hat, nicht entscheiden. Wenn das Gesetz in den zitierten Paragraphen die Verpachtung anders behandelt als Verfügungen, so könnte man die Verpachtung in diesen

[1]) Die Zusammenstellung ist Mitteis a. a. O. S. 26 ff. entnommen; vergl. daselbst noch einen weiteren Fall S. 28.

Fällen auch als Ausnahme von den sonstigen Verfügungen, zu denen die Verpachtung im übrigen zu rechnen wäre, ansehen. Auch folgende Erwägung läßt eine Entscheidung aus der Terminologie des Gesetzes als zweifelhaft erscheinen: Unter Pachtverhältnis im Sinne der angeführten Paragraphen kann einerseits der Vertrag verstanden werden, durch den sich jemand verpflichtet, eine Sache einem Anderen zum Gebrauch und zur Nutzung zu überlassen, andererseits aber auch die durch Übergabe der Sache realisierte Verpflichtung. Ob in den genannten Paragraphen das eine oder das andere gemeint ist oder gar beides, kann zweifelhaft sein. Ist aber lediglich das erstere gemeint, so kann immerhin das letztere doch eine Verfügung sein. Da sich daher aus der Terminologie des Gesetzes eine Entscheidung nicht treffen läßt, müssen wir sie auf kritischem Wege zu geben versuchen.

§ 3.

Es entsteht zunächst die Frage, was wir unter „Verfügung" zu verstehen haben. Das Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung. Wir haben daher den Sinn aller Vorschriften ins Auge zu fassen, in denen das Gesetz von Verfügung spricht. Sehen wir uns hierauf hin die Gesetze an, so begegnen wir nicht nur in der Fülle der Gesetze überhaupt, sondern auch im B. G. B. allein, den verschiedensten Wendungen, in denen das Wort „Verfügung" oder „verfügen" vorkommt, sodaß es uns auf den ersten Blick unmöglich zu sein scheint, einen einheitlichen Begriff aufzustellen. Bei näherer Betrachtung lassen sich indessen im großen und ganzen doch drei Gruppen von Bedeutungen unterscheiden, in denen das Wort gebraucht wird. Man kann unterscheiden:

1. „Verfügung" in der Bedeutung „etwas verfügen", anordnen, bestimmen. In diesem Sinne spricht das Gesetz von Verfügungen der Gerichte[1]), des Vorsitzenden[2]), der Anmeldestelle[3]), von Verfügungen von hoher Hand[4]), oder von verfügten Beschlagnahmen[5]), sowie von einstweiligen Verfügungen[6]). Hierunter fallen auch die Verfügungen von Todeswegen[7]) und die letztwilligen Verfügungen[8]).

---

[1]) z. B. B. G. B. § 186; Z. P. O. §§ 160 Z. 5, 299 Abs. 3, 328 Z. 2, 365, 691, 761, 1020; F. G. G. §§ 16, 18 ff., 24, 29, 31 f., 51 ff., 70 usw.

[2]) Z. P. O. §§ 226 Abs. 3, 329 Abs. 2; Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern §§ 6 Abs. 1, 10.

[3]) Ausführungsverordnung zu dem Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern §§ 20, 21.

[4]) H. G. B. §§ 629 Abs. 1 Z. 1, 636 Abs. 2, 637 Abs. 2, 820 Z. 2, 861 Z. 2.

[5]) Beschlagnahmegesetz § 5 Abs. 2.

[6]) B. G. B. §§ 489, 885 Abs. 1, 899 Abs. 2, 1716 Abs. 1, 1920 Abs. 2, 2016 Abs. 2; Z. P. O. §§ 82, 627, 672, 708, 938—942, 945 und andere Gesetze.

[7]) B. G. B. §§ 83, 332, 1598 Abs. 3, 1944 Abs. 2, 1948, 1951 Abs. 3, 2303, 2320 Abs. 2, 2332 Abs. 1, 2339, 2354 Z. 4, 2355, 2360 Abs. 2; Z. P. O. §§ 27 Abs. 1; Patentgesetz § 6 und andere Gesetze.

[8]) B. G. B. §§ 1511—1515, 1518, 1639 Abs. 1, 1803 Abs. 1, 1969, 2044, 2077, 2079 ff., 2083—2087, 2107 f., 2216 Abs. 2, 2253, 2257, 2268 Abs. 2, 2270 f., 2273, 2278 Abs. 1, 2281, 2289 Abs. 2, 2290 Abs. 1, 2291 Abs. 1, 2294 f., 2297 ff., 2310, 2336 f.; Z. P. O. § 1048; Reichsmilitärgesetz § 44 und andere Gesetze.

2. „Verfügung" in der Bedeutung „über etwas verfügen", z. B. über eine Sache[9]), ein Gut[10]), ein Tier[11]), über Ladung oder Ladungsteile[12]), über Rechte[13]), Arbeits- oder Dienstlohn[14]), über den Nachlaß[15]), Forderungen[16]), Mietzins[17]), über einen Anteil am gemeinschaftlichen Gegenstand[18]), eine Urkunde[19]), ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen[20]), einen Anspruch[21]), eine Hypothek[22]), über eingebrachtes Gut[23]) oder Gesamtgut[24]), über Inhaber oder Wertpapiere[25]), über Vermögen[26]), über eine Erbschaft[27]) und endlich über einen Gegenstand[28]).

3. Daneben wird das Wort Verfügung auch in der Bedeutung, die es sonst im Leben hat, verwandt in Wendungen wie: Zur Verfügung stellen[29]), zur freien Verfügung überlassen[30]), zur Verfügung stehen[31]), zur Verfügung haben[32]), zur freien Verfügung berechtigt sein[33]) usw.

Uns interessieren mit Rücksicht auf den § 883 lediglich die unter 2. genannten Fälle der Verfügungen, denen allen gemeinsam ist, daß durch die Verfügung auf einen Gegenstand eingewirkt wird, wobei wir unter Gegenstand mit der herrschenden Lehre[34]) Sache und Recht verstehen.

Eine Einwirkung auf eine Sache ist nun in zweifacher Weise möglich. Entweder wirkt man „tatsächlich" auf sie ein, indem man sie benutzt, verbraucht oder sonst in ihrer Substanz verändert, oder „rechtlich", indem

---

[9]) H. G. B. § 366.
[10]) H. G. B. §§ 389, 397, 410, 421, 433 Abs. 1, 612 Abs. 2, 884 Abs. 1 Z. 1.
[11]) B. G. B. § 487 Abs. 2.
[12]) H. G. B. §§ 535 Abs. 3, 538, 540 Abs. 1, 541, 740 Abs. 1.
[13]) H. G. B. § 886; B. G. B. §§ 137, 1407 Z. 3, 1449, 2367; Z. P. O. § 857 Abs. 2.
[14]) Beschlagnahmegesetz § 2 Abs. 2.
[15]) Anfechtungsgesetz § 3 a; B. G. B. § 1984 Abs. 1.
[16]) B. G. B. §§ 1074, 1121 Z. 2, 1124 Abs. 1, 1282 Abs. 2, 1819, 2114, 2118; Z. P. O. § 829 Abs. 1.
[17]) B. G. B. §§ 573, 1124.
[18]) B. G. B. § 747.
[19]) B. G. B. § 793 Abs. 1.
[20]) B. G. B. §§ 883 Abs. 2, 892 Abs. 1, 893, 1445, 1821 Z. 1, 2113 Abs. 1.
[21]) B. G. B. § 1126.
[22]) B. G. B. §§ 1165, 1189 Abs. 1; Hypothekenbankgesetz § 37 Abs. 2.
[23]) B. G. B. §§ 1395, 1396, 1448.
[24]) B. G. B. §§ 1443, 1446.
[25]) B. G. B. §§ 1815 Abs. 1 1820; Hypothekenbankgesetz § 37 Abs. 2.
[26]) B. G. B. §§ 1822 Z. 1, 2286; Gesetz betreffend die Patentanwälte § 2 Z. 4, § 6 Z. 4.
[27]) B. G. B. §§ 1822 Z. 1, 2137 Abs. 2, 2363.
[28]) B. G. B. §§ 135, 161, 184 Abs. 2, 185 Abs. 1, 353 Abs. 1, 719 Abs. 1, 816 Abs. 1, 1824, 1959 Abs. 2, 2113 Abs. 2, 2120, 2140, 2205, 2206, 2211, 2217, 2375 Abs. 1.
[29]) H. G. B. §§ 55, 86; Wechselstempelsteuergesetz § 24, 2.
[30]) B. G. B. §§ 110, 1644, 1824.
[31]) H. G. B. §§ 528 Abs. 2, 534 Abs. 3; Verlagsges. § 38 Abs. 2.
[32]) H. G. B. § 729 Abs. 2.
[33]) B. G. B. §§ 2137 Abs. 2, 2363.
[34]) Enneccerus (Kipp, Wolff), Lehrbuch des B. R. 1909 I. 1. § 114 Anm. 2; Binder, Z. f. h. R. 59 S. 1 ff.; Wilutzky, Bürg. A. 28 S. 53 ff. u. a. m. Auf die abweichende Ansicht Sohm's, Der Gegenstand, 1905 S. 16 ff., einzugehen, erübrigt sich für unsere Untersuchung.

man ihre Rechtslage verändert. Die herrschende Lehre[35]) versteht unter Verfügen nur rechtliches Verfügen. Dagegen wendet sich Jastrow[36]), indem er unter Verfügen auch das tatsächliche Einwirken miteinbegreift. Die Streitfrage ist von Interesse für unsere Untersuchung, da, wenn die Ansicht Jastrows richtig wäre, die Einräumung des Besitzes auf alle Fälle eine Verfügung darstellen würde.

Jastrow stützt sich unter anderem auf § 1375 B. G. B.:

> „Das Verwaltungsrecht des Manns umfaßt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen."

Wenn man hier, meint Jastrow, unter Verfügen nicht auch tatsächliches Verfügen mitverstehen wollte, so „müßte eine Frau ruhig zusehen, wie ihr Mann ein Haus einreißt, um einen Garten daraus zu machen und umgekehrt, wie er den aus langem Familienbesitz ererbten Garten kassiert, um ihn in Baustellen zu verwandeln. Sie braucht zwar nach dem Gesetze nicht zuzulassen, daß auch nur ein Stuhl von ihrer Ausstattung verkauft wird, aber daß die gesamten Möbel eines Zimmers zerschlagen und der Ofen mit ihnen geheizt wird, müßte sie sich gefallen lassen." Jastrow übersieht dabei aber vollkommen, daß die eben angeführten Beispiele einen schweren Verstoß gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Verwaltung bedeuten. Es dürfte kaum zweifelhaft sein, daß der Mann zur Umwandlung des aus langem Familienbesitz ererbten Gartens zum Anlegen von Baustellen nicht im entferntesten befugt ist, ebensowenig wie er berechtigt wäre, die Möbel zu verbrennen. Eine derartige Handlungsweise des Mannes stände in grobem Widerspruch mit dem Grundsatz der ordnungsmäßigen Verwaltung, die der § 1374 dem Ehemann auferlegt, und die Frau könnte bei einem derartgen Verhalten des Mannes gemäß § 1391 von dem Manne Sicherheit verlangen[37]).

Auch ein weiteres Beispiel Jastrows kann seine Ansicht nicht rechtfertigen. § 1037 Abs. 1 B. G. B. bestimmt:

> „Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern."

§ 1048 S. 1 lautet:

> „Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauches, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen."

„Kann es hier zweifelhaft sein", sagt Jastrow, „daß § 1048 eine Ausnahme von § 1037 ist, und daß die dem Nießbraucher gewährte Befugnis, über das Inventar zu verfügen, gerade die Verfügung durch

---

[35]) Vergl. § 4 Anm. 7.

[36]) Jastrow, Z. f. deutschen Zivilprozeß von Schultzenstein und Vierhaus 25. S. 131 ff.

[37]) Schmidt und Habicht, Kommentar zum B. G. B. (Familienrecht) I. Lieferung 1900.

tatsächliche Veränderung betrifft? Wenn z. B. auf einem Gute ein Hühnerhof ist, und es werden jährlich 60 Stück neuer Hühner ausgebrütet, während der Abgang an Hühnern nur 20 Stück beträgt, so besagt doch der § 1048: Der Nießbraucher darf 40 Hühner in jedem Jahre braten und verzehren, nicht aber bloß: er darf sie verkaufen." Dies ist zweifellos richtig, es folgt daraus aber noch nicht, daß der Begriff Verfügung auch tatsächliches Verfügen mitumfaßt. Wenn wir unter Verfügen im § 1048 lediglich rechtliches Verfügen verstehen, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß auf das tatsächliche Verfügen die Vorschrift gleichfalls Anwendung findet, nicht aber, weil begrifflich Verfügen auch tatsächliches Verfügen mitumfaßt, sondern weil der Gesetzgeber die Berechtigung des Nießbrauches zu tatsächlichem Verfügen über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als etwas selbstverständliches zu erwähnen nicht für notwendig erachtet hat. Übrigens ist das Beispiel mit den Hühnern auch nicht gut gewählt: Die neu ausgebrüteten Hühner stellen sich doch als Früchte des als Inventar des Gutes dem Nießbraucher mit unterliegenden Hühnerhofes dar. Der Nießbraucher wird durch Separation Eigentümer dieser Hühner und es wäre sonderbar, wenn er mit seinem Eigentum nicht machen könnte, was er wollte[38]). Wenn also hier der Nießbraucher auch zu tatsächlichen Verfügungen befugt ist, so beruht das nicht darauf, daß der Begriff der Verfügung tatsächliche Verfügungen mitumfaßt, sondern auf dem besonderen Wesen des Nießbrauches, sodaß es für den Gesetzgeber nicht notwendig war, dies noch ausdrücklich hervorzuheben.

Meint das B. G. B. ein „tatsächliches" Verfügen, so gebraucht es den Ausdruck „Verwaltung". So heißt es z. B. im § 1984:

> „Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen."

oder im § 2205:

> „Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlaß zu verwalten. Er ist insbesondere befugt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen."

Nur an einer einzigen Stelle ist im B. G. B. von tatsächlichen Verfügungen die Rede und zwar im E. G. Art. 111:

> „Unberührt bleiben die Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken.

Schon die Hinzufügung des Wortes „tatsächlich" in diesem Artikel spricht für die Annahme, daß es sich bei den sonstigen Verfügungen nur um ein rechtliches Verfügen handeln kann. Insbesondere spricht aber, wie Krücke mit Recht erwähnt[39]), der § 185 B. G. B. für unsere Ansicht. Der Paragraph lautet:

---

[38]) v. Ziegesar, Der Begriff der privatr. Verfügung S. 33.
[39]) Krücke, Die Verfügung des B. G. B. Marburg. Dissertation 1907 S. 10.

„Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet usw."

Dieser Paragraph setzt also allgemein bei jeder Verfügung über einen Gegenstand die Möglichkeit ihrer Unwirksamkeit und ihres Wirksamwerdens voraus. Hiervon kann aber bei tatsächlichen Verfügungen keine Rede sein, denn eine vollendete Tatsache kann nicht unwirksam sein noch wirksam werden.

Wir kommen daher übereinstimmend mit den Motiven[40]) und der herrschenden Lehre[41]) zu dem Ergebnis, daß unter Verfügen in dem zur Erörterung stehenden Sinne nur rechtliches Verfügen verstanden werden kann.

§ 4.

Während in früheren Rechten unter Verfügen, je nach der Eigenschaft der Person des Verfügungsberechtigten, die verschiedensten Rechtsakte, insbesondere auch Verpflichtungsgeschäfte[1]), verstanden wurden, hat der Begriff der Verfügung durch die neuere Gesetzgebung eine scharfe Umgrenzung erhalten. Das Charakteristische der Rechtsakte, die unter diesen Begriff fallen, ist die Unmittelbarkeit der Wirkung.

Wir haben daher heute das Verfügungsgeschäft scharf von dem obligatorischen Verpflichtungsgeschäft, durch das lediglich eine Bindung der Personen, dagegen keine Änderung in der Rechtslage des Gegenstandes, hervorgerufen wird, zu scheiden. Das Verpflichtungsgeschäft steht zum Verfügungsgeschäft im Verhältnisse des vorbereitenden Stadiums, es findet durch das Verfügungsgeschäft seine Erfüllung und damit Lösung[2])." Das B. G. B. hat denn auch die Scheidung in konsequenter Weise durchgeführt. Dies wird allerdings von Wendt[3]) bestritten, der auch das obligatorische Verpflichtungsgeschäft als Verfügungsgeschäft bezeichnen will. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre der Pachtvertrag stets als Verfügung anzusehen und unsere Aufgabe damit gelöst. Dem ist aber nicht so.

Wendt gibt zu, daß in der Tat mehrfach im B. G. B. der Verfügung die Verpflichtung, sie herbeizuführen, gegenübergestellt wird, z. B. in den §§ 1444 bis 1446, 1812, 1821 Z. 3, 1822 Z. 1 und 2206. Wo aber diese Gegenüberstellung erfolge, handele es sich durchweg um

---

[40]) Motive I. S. 128.

[41]) Vergl. weiter unten § 4 Anm. 7.

[1]) Puchta, Pandekten Bd. I. S. 78.

[2]) Oertmann, Allgemeiner Teil S. 300 Anm. 7 a.

[3]) Wendt, Arch. f. ziv. Praxis 89, S. 420 ff.

die Notwendigkeit fremder Einwilligung, und es sollte besonders ausgedrückt werden, daß schon die Übernahme einer Verpflichtung zur Verfügung der Einwilligung bedürfe. Weiter reiche die Bedeutung dieser Gegenüberstellung nicht und es ergebe sich hieraus für den Sprachgebrauch nicht, daß nicht auch ein obligatorisches Geschäft als Verfügung bezeichnet werden dürfe [4]).

Es handelt sich nun in den von Wendt zitierten Paragraphen allerdings um die gleiche Behandlung der Verfügungen und der Eingehung einer Verpflichtung zu diesen. Das B. G. B. kennt aber auch eine Reihe anderer Fälle. Man vergleiche z. B. § 1398 I:

> „Verfügt die Frau durch Vertrag ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Mannes ab."

und § 1399 I:

> „Zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich."

Hier liegt die Sachlage gerade umgekehrt als in den von Wendt angeführten Fällen, in denen die Eingehung der Verpflichtung zur Verfügung und die Verfügung selbst gleich behandelt werden [5]). Mit Recht ist daher auch die Ansicht Wendts allgemein verworfen worden [6]).

Auf Grund der bisherigen Ausführungen können wir nunmehr die Verfügung in dem zur Erörterung stehenden Sinne definieren als: ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes, d. h. Sache (Eigentum) und Recht, eingewirkt wird [7]).

Zur Unterscheidung von den sonstigen Verfügungen können wir die Verfügung in diesem Sinne als „Verfügungsgeschäft" bezeichnen.

§ 5.

Da hiernach alle obligatorischen Geschäfte aus dem Kreis der Verfügungsgeschäfte vollkommen ausscheiden, so gehört insbesondere auch die Verpachtung von Gegenständen nicht zu den Verfügungsgeschäften; denn die Pacht ist richtiger Ansicht nach kein dingliches Recht, und durch ihre Feststellung wird nicht auf ein bestehendes Recht eingewirkt, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung des Verpachtenden erzeugt.

---

[4]) Wendt, a. a. O. S. 432 f.

[5]) Seligsohn S. 37 f.

[6]) So Strohal, Das deutsche Erbrecht; Planck I. S. 186; Seligsohn S. 34 ff. u. a. m.

[7]) So außer den in Anmerkung 6 Zitierten: Cosack I § 52; Enneccerus § 134; Oertmann, Allgemeiner Teil S. 300 Anm. 7 a; Eccius bei Gruchot 48, 465; Endemann I S. 284; Männer a. a. O. § 5 Anm. 24, 27; Mathias II. S. 546; Ramdohr bei Gruchot 44, 325; Staudinger I. S. 358; v. Thur D. J. Z. 1904, 426 u. n. a.

Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten. So haben sich Fischer [1]), Gerber-Cosack [2]), Kuhlenbeck [3]), Meisner [4]) und E. Fuchs [5]) für die Dinglichkeit der Pacht im geltenden Recht ausgesprochen. Seit Crome's grundlegender Schrift: „Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch" in Iherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 1 ff. haben sich indessen die weitaus meisten Schriftsteller [6]) und auch die Praxis [7]) mit Recht für die rein obligatorische Rechtsnatur der Pacht entschieden. Eine vermittelnde Stellung nimmt Mitteis [8]) ein.

Für die Richtigkeit der herrschenden Ansicht spricht zunächst die Anordnung des Gesetzes, das die Pacht nicht im Sachenrecht, sondern im Rechte der Schuldverhältnisse behandelt. Nicht mit Unrecht wendet allerdings Cosack hiergegen ein, daß das Gesetzbuch auch das gesetzliche Pfandrecht an dieser Stelle behandelt.

Für die herrschende Ansicht spricht ferner der Umstand, daß das Pachtrecht nicht eingetragen werden kann, wenngleich der Einwand Cosacks, daß die zweifellos dinglichen Rechte aus § 914 gleichfalls nicht eintragungsfähig sind, auch hier nicht unbeachtlich ist.

Für die Annahme der rein obligatorischen Natur des Pachtvertrages spricht weiter der Mangel einer allgemeinen petitorischen Klage des Pächters gegen jeden, der ihn in der Ausübung seines Rechtes stört oder behindert. Wäre die Pacht dinglich, so müßte der Pächter diese petitorische Klage haben; vergl. hierzu Crome a. a. O. S. 43 ff.

Weiter wird die herrschende Ansicht unterstützt durch die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Diese lassen keinen Zweifel darüber bestehen, daß die Pacht obligatorisch ist. Man vergleiche die Artikel 184 und 172. Während der erstere von dinglichen Rechten allgemein spricht, handelt letzterer, der mitten unter Übergangsbestimmungen für obligatorische Schuldverhältnisse steht, von den Rechten des Pächters gegen den Erwerber einer Sache [9]).

Endlich spricht auch der Wortlaut des § 9 des Zwangsversteigerungsgesetzes für die herrschende Ansicht, woselbst das Pachtrecht im Gegensatz zu den Rechten „am Grundstück" genannt ist [10]).

Allen diesen Gründen gegenüber berufen sich die Gegner zur Rechtfertigung ihrer Ansicht namentlich auf die §§ 571 ff. B. G. B., in denen im Gegensatz zum Gemeinen Recht — das die Pacht durchaus als rein obligatorisches Rechtsinstitut betrachtete — der preußisch-rechtliche Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" (was entsprechend für die Pacht gilt) zur Aufnahme gekommen ist. Dieser Grundsatz ist aber unmöglich von so umfassender Bedeutung, daß er dem im übrigen ganz nach dem Vorbilde

---

[1]) Vortrag über das Sachenrecht des Entwurfs S. 17.
[2]) Deutsches Privatrecht § 208; Cosack, Lehrbuch I § 135 No. 8, II § 238.
[3]) V. d. Pandekten zum B. G. B. II S. 306 No. 2.
[4]) Das Recht der Schuldverhältnisse 1898 zu § 571 No. 3.
[5]) E. Fuchs bei Gruchot 46, S. 566 ff.
[6]) Zitiert bei Oertmann Vorb. 3 b zu §§ 571/79.
[7]) R. G. E. 54, S. 235.
[8]) Mitteis a. a. O. S. 25.
[9])[10]) Zimmermann a. a. O. S. 100 f.

des Gemeinen Rechts normierten Pachtvertrag die obligatorische Basis nehmen kann. Dagegen spricht denn auch entschieden die Entstehungsgeschichte der §§ 571 ff. Die Protokolle [11]) lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" als Ausnahmevorschrift von dem im übrigen rein obligatorischen Vertrag aufgenommen worden ist und zwar lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen. Wenn die Kommission, heißt es dort, für den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" sich entschieden habe, so rechtfertige sich diese Entscheidung schon durch die Erwägung, daß in den Rechtsgebieten, in welchen der Grundsatz bestehendes Recht sei, insbesondere in den Gebieten des preußischen A. L. R. und des rheinisch-französischen Rechtes, der entgegengesetzte Grundsatz des Entwurfes von der Bevölkerung in den maßgebenden Interessenkreisen als ein so schwerer Eingriff in das herrschende Rechtsbewußtsein empfunden worden sei, daß es nicht rätlich erscheine, denselben aufrecht zu erhalten. Es sei aber auch nicht zu verkennen, daß namentlich bei der Miete von Geschäftsräumen für ein Erwerbsgeschäft und bei der Pacht von Landgütern und gewerblichen Unternehmungen für den Mieter und Pächter ein großes Interesse bestehe für die Dauer der vereinbarten Miet- oder Pachtzeit gegen Austreibung tunlichst gesichert zu sein.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß **der** Pachtvertrag als ein rein obligatorischer Vertrag anzusehen ist. Hieraus folgt, daß er nicht Verfügungsgegenstand sein kann.

§ 6.

Wilutzky [1]) hält Verfügungsgeschäft für identisch mit Erfüllungsgeschäft und sieht aus diesem Grunde die Erfüllung des Pachtvertrages durch Einräumung des Besitzes an dem verpachteten Grundstück als Verfügung an. Er meint, der dingliche Vertrag — und diesem steht das Verfügungsgeschäft gleich — enthalte seiner Natur nach eine Leistung und deshalb sei er nur als Erfüllung eines vorangegangenen Versprechens denkbar.

Demgegenüber weist Sohm [2]) mit Recht darauf hin, daß die Leistungsgeschäfte durchaus nicht notwendig durch ein vorangegangenes Versprechen oder überhaupt ein Schuldverhältnis bedingt seien, daß sie keineswegs nur der Erfüllung halber (solvendi causa), sondern gerade so gut der Schenkung halber (donandi causa), Darlehns halber (credendi causa), Zweckes halber (ob causam) erfolgen können. Die Verfügungsgeschäfte sind, wie heute unbestritten sein dürfte, reine Zuwendungsgeschäfte, deren Inhalt über ihren Rechtsgrund keinen Aufschluß gibt, die daher auf Grund verschiedener causa vollzogen werden können. Es gehört somit zum Tatbestand des Verfügungsgeschäftes nur die Übereinstimmung der Parteien über die Rechtsänderung, nicht auch die Übereinstimmung über die causa der Rechtsänderung. Die mit ihr

[1]) Wilutzky, Arch. B. R. 28, S. 55 ff.
[2]) Sohm II. S. 192 f.; I. S. 10.

beabsichtigte Rechtswirkung kann daher verschieden sein, es kann Erfüllungs-, Schenkungs- usw. Wirkung beabsichtigt sein; aus der Art der Zuwendung selber aber kann die gewollte Art der Rechtswirkung nicht ersehen werden. Die Identifizierung von Verfügungs- und Erfüllungsgeschäft ist abzulehnen [3]).

§ 7.

Noch auf anderem Wege hat man versucht, die Besitzeinräumung für eine Verfügung zu erklären, indem man nämlich in der „Einigung" im Sachenrecht des B. G. B. und damit auch in der Einigung des § 854 II B. G. B. einen dinglichen Vertrag [1]), somit eine Verfügung, erblickte. § 854 II lautet:

> „Die ‚Einigung' des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Besitzerwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben."

Nun dürfte die Besitzeinräumung auf Grund eines Pachtvertrages wohl regelmäßig nach § 854 II erfolgen; sie wäre daher regelmäßig eine Verfügung, sofern die Einigung dieses Paragraphen einen dinglichen Vertrag darstellt.

Bevor wir diese Frage untersuchen, haben wir zunächst die Prämisse zu prüfen, ob dinglicher Vertrag und Verfügungsgeschäft tatsächlich identisch sind. Die Frage ist zu bejahen. Das B. G. B. gebraucht zwar den Ausdruck „dinglicher Vertrag" nicht; dagegen hieß, was das B. G. B. Verfügungsgeschäft nennt, in der gemeinrechtlichen Literatur dinglicher Vertrag [2]). Die Motive zum B. G. B. sprechen daher auch gar nicht von Verfügungsgeschäft, sondern von dinglichem Vertrag [3]) und dinglichen Rechtsgeschäften [4]), deren Zweck eine Veräußerung oder Belastung sei [5]). So heißt es in den Motiven, Bd. III S. 8:

> „Ein dinglicher Vertrag ist in allen Fällen erforderlich, in welchen jemand mittels Rechtsgeschäftes eine Sache oder ein Recht an einer solchen von einem anderen erwerben soll,"

und weiter:

> „Der dingliche Vertrag bezweckt nicht, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen, sondern ein Recht an der Sache zu begründen oder ein begründetes Recht zu ändern, zu belasten oder zu übertragen."

Diese Begriffsbestimmung deckt sich, wie wir sehen, mit unserer Definition des Verfügungsgeschäftes. Dinglicher Vertrag und Verfügungsgeschäft sind ein- und dasselbe.

---

[3]) Wie im Text außer Sohm, auch Staudinger I. S. 356 u. a. m.

[1]) Vergl. insbesondere Dernburg I. S. 374; Cosack II. S. 17; Wolff S. 24; Gierke II. S. 234; Biermann Anm. 7 zu § 854; Endemann § 37 [29]; Männer S. 28 Anm. 23 u. a. Strohal, Der Sachbesitz S. 81 ff. Nord S. 45 ff.

[2]) Sohm II. S. 192.

[3]) Mot. III. S. 7 ff.

[4]) Mot. IV. S. 226, 332.

[5]) Wilutzky S. 59.

Wir wenden uns nunmehr der Streitfrage zu, ob die „Einigung" im Sachenrecht des B. G. B. und speziell im Falle des § 854 II als dinglicher Vertrag und somit als Verfügungsgeschäft anzusehen ist.

Die „Einigung" kommt außer in dem genannten § 854 II im Sachenrecht des B. G. B. häufig vor. Das Gesetz fordert gemäß § 873 die Einigung neben der Eintragung:

1) zur Übertragung des Eigentumes an einem Grundstücke,

2) zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte und zwar: Erbbaurecht (§ 1012 ff.), Dienstbarkeiten, nämlich: Grunddienstbarkeiten (§ 1018 ff.) oder Nießbrauch (§§ 1032 ff., 1068 ff., 1085 ff.) oder auch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§ 1090 ff.), ferner: Vorkaufsrecht (§ 1094 ff.), Reallast (§ 1105 ff.), Hypothek (§ 1113 ff.), Grundschuld (§ 1191 ff.), Rentenschuld (§ 1199 ff.).

3) Zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes.

Die Einigung ist ferner neben der Übergabe erforderlich zum Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen, sowie zur Bestellung eines Nießbrauches oder Pfandrechts an ihnen (§§ 929, 1032, 1205, 1260, 1292).

Sie bildet also stets eine Voraussetzung der Rechtsänderungen im Sachenrecht des B. G. B. und zwar bei Immobilien neben der Eintragung, bei Mobilien neben der Übergabe.

Dem von der ersten Kommission aufgestellten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches war der Ausdruck „Einigung" noch fremd, es hieß statt dessen überall „dinglicher Vertrag" [6]). So war zum Erwerbe von Eigentum an Grundstücken ein dinglicher Vertrag über die Rechtsänderung und deren Eintragung in das Grundbuch bei unbeweglichen Sachen neben der Übergabe ein „dinglicher Vertrag" erforderlich. Infolge der Bedenken, die gegen die juristische Konstruktion des „dinglichen Vertrages" geltend gemacht wurden [7]), insbesondere, weil dem Rechtsleben des Volkes eine solche Konstruktion jedenfalls fremd sei, entschloß sich die zweite Kommission, ihn durch die „Einigung" zu ersetzen.

Während in der Literatur zunächst der Änderung in der Ausdrucksweise des Gesetzes keine Bedeutung beigelegt wurde, da auch die Einigung als Vertrag angesehen werden müsse, die Änderung sich daher lediglich auf den Wortlaut beziehe, erhoben sich doch bald Stimmen, die den Fortschritt in der Änderung der Ausdrucksweise des Gesetzes anerkannten, indem sie darauf hinwiesen, daß die Einigung kein Vertrag sei [8]).

Zum Verständnis der folgenden Erörterungen muß hier zunächst kurz ein Wort über die juristische Natur der „Rechtsgeschäfte" und „Verträge" eingeschaltet werden.

Das B. G. B. gibt keine Definition des „Rechtsgeschäftes". Die Motive zum B. G. B. verstehen unter Rechtsgeschäft:

---

[6]) Erster Entwurf §§ 828, 868, 874, 983, 447.

[7]) Zusammenstellugn der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf des B. G. B. III. S. 1—8, S. 80 ff.; Protokolle III. S. 56—59.

[8]) Eccius bei Gruchot 45, 858, 47, 51 ff.; Bruck, Die Einigung S. 1 ff.; Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag S. 1 ff.

„eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist[9])."

Dieser Begriffsbestimmung haben sich im wesentlichen die meisten Schriftsteller[10]) zum B. G. B. angeschlossen.

Es ist jedoch mit Recht darauf hingewiesen worden, daß Rechtsgeschäft und Willenserklärung nicht schlechthin gleichbedeutend sind, daß vielmehr die Willenserklärung regelmäßig nur ein Teil des Rechtsgeschäfts ist, der mit anderen Willenserklärungen oder sonstigen Tatbestandsmomenten die Rechtswirkung erzeugt, also auch nur mit ihnen zusammen ein Rechtsgeschäft bildet[11]). Ein solches Tatbestandsmoment ist z. B. in dem Erfordernis der Mitwirkung einer Behörde oder eines Beamten zu erblicken, nämlich: des Standesbeamten bei der Eheschließung, des Notars oder des Gerichtes bei einem Schenkungsversprechen usw. Häufig wird neben der oder den Willenserklärungen auch ein reales Moment erforderlich. So bedarf es zur Begründung eines Darlehns der übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, daß eine Geldsumme als Darlehn gegeben werden solle, und der tatsächlichen Hingabe der Darlehnssumme in das Eigentum des Darlehnsempfängers. Auch die Zahlung erfordert neben dem Willen der Parteien, daß die Schuld durch Leistung aufgehoben sein solle, die Übergabe der zu zahlenden Summe an den Gläubiger.

Man bezeichnet diese Geschäfte, die zu ihrem Bestande neben einer oder mehreren Willenserklärungen noch eine reale Wirkung erfordern, als „Realgeschäfte".

Unter Berücksichtigung dieser häufig neben den Willenserklärungen hergehenden Tatbestandsmomente können wir daher im Anschluß an Enneccerus[12]) definieren:

„Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist."

Die wichtigste Einteilung der Rechtsgeschäfte ist die in einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte oder — wie man die letzteren auch bezeichnet — Verträge. Während die einseitigen Rechtsgeschäfte Willenserklärungen nur einer Partei enthalten, z. B. Testament, Kündigung, Auslobung usw., sind unter Verträgen diejenigen Rechtsgeschäfte zu verstehen, die durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zweier oder mehrerer Parteien geschlossen werden. Da die Verträge Rechtsgeschäfte sind, ist daran festzuhalten, daß für sie das bereits bei den Rechtsgeschäften Erwähnte gilt, daß also insbesondere die übereinstimmenden Willenserklärungen an sich nicht immer ausreichen, um einen

---

[9]) Mot. I. S. 126.

[10]) Crome I. S. 320; Mathias I. S. 170; Planck I. S. 142 u. a. m.

[11]) Oertmann I. S. 295; Enneccerus S. 334.

[12]) Enneccerus a. a. O.

beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, sondern daß in gewissen Fällen noch ein besonderes Tatbestandsmoment, vor allem ein reales Moment, erforderlich ist.

Nach dieser Erörterung des Begriffes der Rechtsgeschäfte und Verträge kehren wir zu unserer Frage zurück, ob die „Einigung" ein dinglicher Vertrag ist. Für die Identität von Einigung und dinglichem Vertrag hat man sich insbesondere auf die Entstehungsgeschichte des § 873 und die Übereinstimmung, welche die Einigung und der Vertrag in ihrem Äußeren zeigen, berufen[13]). Es ist zuzugeben, daß die Entstehungsgeschichte des § 873 für die Identität spricht, denn offenbar hat die 2. Kommission, als sie den Ausdruck „dinglicher Vertrag" durch „Einigung" ersetzte, an der Sache selbst nichts ändern wollen. Aber damit ist nicht gesagt, daß das, was die 1. Kommission als dinglichen Vertrag bezeichnete, auch wirklich ein solcher war. Es ist auch zuzugeben, daß die Einigung äußerlich die Erfordernisse eines Vertrages aufweist, da in beiden Fällen zwei übereinstimmende Willenserklärungen verlangt werden, die sich zu einem einheitlichen Willen, einer „Einigung", zusammenschließen müssen. Aber der Vertrag verlangt, wie wir gesehen haben, noch mehr, er verlangt Rechtsfolgen, die eintreten, weil sie von den Parteien gewollt sind. Die „Einigung" allein erzeugt aber keine Rechtsfolgen. Zur Hervorbringung der gewollten Wirkung ist vielmehr überall im Sachenrecht neben der Einigung noch ein anderes Tatbestandsmoment und zwar entweder die Eintragung oder die Übergabe erforderlich.

Dies wollen wir im folgenden zu beweisen versuchen.

Zum Ausgangspunkt nehmen wir den § 873 I B. G. B.:

> „Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt."

Hier besteht der rechtlich selbständige Erfolg der Einigung jedenfalls nicht darin, daß sie bereits die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte bewirkt, denn der Berechtigte behält doch die Möglichkeit, anderweitig über das Grundstück zu verfügen. A. und B. haben sich z. B. darüber geeinigt, daß an dem dem A. gehörenden Grundstück dem B. ein Nießbrauch zustehen soll[14]). Nach der Einigung, aber bevor der Nießbrauch zu Gunsten des B. eingetragen ist bzw. bevor ein diesbezüglicher Antrag bei dem Grundbuchamt gestellt ist, läßt A. sein Grundstück an C. auf und dieser wird sofort eingetragen. C. ist Eigentümer des Grundstücks

---

[13]) Strecker S. 25; Cosack II. S. 17 und die übrigen bei Ortlieb S. 30 Anm. 1 Zitierten.

[14]) Beispiel von Bruck S. 7.

geworden, dem B. aber nützt die Einigung gar nichts. Er ist durch sie nicht Nießbraucher geworden und kann die Eintragung aus eigenen Stücken nicht herbeiführen.

Durch die Einigung allein wird also die dingliche Rechtsänderung nicht herbeigeführt, sie allein erzeugt nicht die gewollten Rechtsfolgen.

Nicht anders verhält es sich selbst in den Fällen, in denen die Einigung gemäß § 813 II bereits bindend geworden ist, also einseitiger Widerruf ausgeschlossen ist, denn diese Wirkung der Einigung ist nicht die (durch die Willenserklärungen als gewollt bezeichnete) Geschäftswirkung. Gewollt ist allein der Übergang oder die Entstehung des dinglichen Rechtes, und diese wird selbst durch die bindende Einigung nicht bewirkt. Auch die gerichtlich oder notariell beglaubigte Einigung z. B. würde in dem obigen Fall den A. nicht hindern, anderweitig über sein Grundstück zu verfügen, es etwa dem C. aufzulassen[15]).

Die abweichende Anschauung der Schriftsteller, die die „bindende" Einigung für einen Vertrag halten, ist aus der Ausdrucksweise des Gesetzes zu erklären, denn diese ist sehr irreführend und es wäre besser gewesen, wenn die 2. Kommission sie hätte fallen lassen[16]). Der Ausdruck „binden" in dem zitierten Paragraph heißt nicht soviel wie verpflichten, sondern er soll nur besagen, daß der einseitige Widerruf ausgeschlossen sein soll[17]). Eine Besonderheit hat diese Unwiderruflichkeit allerdings, indem sie sich nicht an die Abgabe der nach § 873 II erforderlichen Erklärungen nur einer Partei anschließt, sondern zu ihrem Eintritt das Vorhandensein der Erklärungen beider Parteien erfordert. Es gibt daher nur eine beiderseitige Gebundenheit der Parteien, welche aber nicht als Folge der Einigung bezeichnet werden kann. Die Einigung ist gültig, auch wenn sie nicht in den Formen des § 873 II geschlossen ist. Das vereinbarte Recht gelangt mit der Eintragung zur Entstehung. Wird die an sich gültige Einigung in den Formen des § 873 II geschlossen, so wird sie für die Parteien bindend, ohne daß ihre materielle Wirkungsfähigkeit dadurch irgend welche Änderung erfährt.

> „Die Bindung ist daher nicht eine Folge der Einigung, sondern eine Folge der Form, in welcher die Einigung vorgenommen wird" [18]).

Wir sagten soeben, die bindende Einigung verpflichte nicht. Das bedarf noch eines kurzen Nachweises. Die verpflichtende Wirkung der bindenden Einigung wird von manchen Schriftstellern darin erblickt, daß durch sie der Erwerber einen Anspruch gegen den Veräußerer auf Erteilung der Eintragungsbewilligung — auf Grund deren allein der Grundbuchbeamte die Eintragung vornehmen darf — erhalte, daß mit anderen Worten: der Veräußerer sich durch die bindende Einigung verpflichte, die dingliche Rechtsänderung zur Vollendung zu bringen[19]). Die

---

[15]) So auch Bruck a. a. O.; Enneccerus S. 343 Anm. 3; Eccius 47 S. 53 u. a. m.

[16]) Vergl. Bruck a. a. O.

[17]) Vergl. Bruck a. a. O.; Koffka S. 107 ff.

[18]) Ortlieb S. 31.

[19]) Strecker S. 25; Endemann II. S. 61, 74, 81 u. a. m.

Anhänger dieser Ansicht gehen von der irrigen Annahme aus, daß jeder Vertrag eine Verpflichtung nach sich ziehe. Dies ist indes nur bei den obligatorischen Verträgen, durch die sich die Parteien zu einem dare, facere, praestare verpflichten, der Fall. Hier ist die Bindung der Grund, auf dem sich die Willen zur Herbeiführung einer Rechtsänderung vereinigen. Die Bindung schließt die Rücktrittsfreiheit aus und verpflichtet zur Leistung. Verweigert ein Kontrahent die Erfüllung, so kann daher das Vertragsinteresse geltend gemacht werden. Die Einigung dagegen will leisten. Sie will einen etwa bestehenden Anspruch zur Erfüllung bringen und ihn dadurch vernichten. Es ist daher ausgeschlossen, daß sie selbst einen Anspruch erzeuge. Die Gegner erkennen diese Bedeutung der Einigung zwar grundsätzlich an, meinen aber, daß ein Anspruch wenigstens dann entstehe, wenn die Einigung gemäß § 813 II bindend geworden ist[20]). Wie wir indes bereits gesehen haben, ist die Bindung lediglich eine besondere Form der Einigung, durch die ihre materielle Wirkungsfähigkeit nicht beeinflußt werden kann. Nach der gegnerischen Ansicht wäre es in das Belieben der Parteien gestellt, ob sie der Einigung einen obligatorischen Charakter beilegen wollen oder nicht, eine Konsequenz, die vom Gesetz wohl nicht gewollt sein dürfte. Diese Ansicht findet daher im Gesetz auch nicht nur keine Stütze, sondern ihr wird vielmehr durch den Platz der Einigung im Sachenrecht des B. G. B. direkt widersprochen[21]).

Auch eine Klage ist auf Grund der Einigung nicht möglich[22]). Eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 Z. P. O. ist ausgeschlossen, da infolge der Einigung ein Recht, auf dessen Feststellung geklagt werden könnte, noch gar nicht vorhanden ist. Auch eine Leistungsklage ist nicht denkbar, da die Leistungsklage auf Erfüllung eines Anspruches gerichtet ist, ein Anspruch aber, wie wir sahen, durch die Einigung nicht erzeugt wird. Ebensowenig kommt eine Gestaltungs- oder Duldungsklage in Frage, da auch diese Klagen bestehende Ansprüche voraussetzen. Die genannten Klagen sind aber auf dem Gebiet des Vermögensrechtes die einzigen Klagen. Verweigert daher der Berechtigte, selbst wenn er sich mit dem anderen Teile bindend geeinigt hat, die Eintragungsbewilligung, so steht dem anderen Teile auf Grund der abstrakten Einigung allein kein Rechtsmittel zu Gebote, die Übertragung oder Entstehung des dinglichen Rechts herbeizuführen. Wenn dennoch in der Praxis häufig eine Klage auf Erteilung der Eintragungsbewilligung gegeben wird, so stützt diese sich nicht etwa auf die abstrakte Einigung — eine solche Klage wäre abzuweisen — sondern auf das neben der Einigung häufig einhergehende Verpflichtungsgeschäft. In der Praxis nämlich wird kaum jemals eine bindende Einigung zustande kommen, ohne daß nicht gleichzeitig auch eine Verpflichtung übernommen wird, das sachenrechtliche Geschäft zum Abschluß zu bringen. Und dann ist eben dieses Verpflichtungsgeschäft der Grund der Klage. Ist dieses

[20]) Fuchs S. 84; Förster im Recht Bd. V. S. 580.

[21]) Ortlieb S. 32; Bruck S. 9.

[22]) So auch Männer § 5 Anm. 25 und die dort Zitierten.

Verpflichtungsgeschäft aber aus irgend einem Grunde nichtig, z. B. wegen Fehlens der im § 313 B. G. B. vorgeschriebenen Form, so fehlt dem Erwerber jegliche Handhabe, das durch die Einigung vereinbarte Recht zu übertragen oder zur Entstehung zu bringen.

Die Einigung läßt sich auch nicht etwa als bedingter Vertrag auffassen, dessen Bedingung die Vollziehung der Eintragung bildet. Es hängt nämlich nicht vom Parteibelieben ab, ob die Eintragung verlangt werden soll, auch ist sie kein ungewisses künftiges Ereignis[23]).

Es bleibt schließlich noch übrig, auf die Ansicht Koffkas einzugehen, der dem Erwerber zwar auch keinen klagbaren Anspruch zuerkennen will, wohl aber nicht nur den ausdrücklichen, sondern auch den konkludenten Widerruf für ausgeschlossen erachtet, mit anderen Worten, eine Verfügungsbeschränkung des Berechtigten annimmt[24]). Dem ist aber nicht beizustimmen[25]). A. hat dem B. sein Grundstück verkauft; die Auflassung ist gültig erfolgt; A. weigert die Eintragungsbewilligung. B. kann weder aus der Auflassung noch aus dem Kaufvertrage, der wegen Mangels der nach § 313 B. G. B. vorgeschriebenen Form nichtig ist, klagen. Es wäre ein schwacher Trost für ihn, daß A. in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt würde, wenn dieser das Grundstück selbst weiter benutzt und bewirtschaftet. Aber dem ist nicht einmal so. Nehmen wir an, A. würde später durch Konkurseröffnung in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt, so würde auch seine in Gemäßheit des § 873 II bindend abgegebene Erklärung nach § 878 unwirksam, da ein Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte noch nicht gestellt worden ist. Mit der Konkurseröffnung würde also die von A. abgegebene Einigungserklärung unwirksam, d. h. mit anderen Worten: Die als Folge der bindenden Einigung eintretende Verfügungsbeschränkung würde aufhören, wenn der Berechtigte tatsächlich in der Verfügung beschränkt würde[26]). Gegen die Ansicht Koffkas spricht auch, daß eine solche auf Rechtsgeschäft beruhende und doch im Grundbuche jahrelang nicht eingetragene Beschränkung der Verfügungsmacht des Verfügenden notwendig Unklarheiten herbeiführen muß[27]).

Die bisherigen Erörterungen über die Einigung des § 873 L. G. B. haben also ergeben, daß die Einigung für sich allein gar keine Wirkung hat, da weder die unter der Voraussetzung des § 873 II eintretende Gebundenheit der Parteien eine Folge der Einigung ist, noch die letztere dem Erwerber irgend welchen Anspruch oder eine Klage gibt, auch durch sie keine Verfügungsbeschränkung des Berechtigten erzeugt wird. Sie kann daher nicht als Vertrag — und, wie wir sahen, auch nicht als bedingter Vertrag — aufgefaßt werden, da jeder Vertrag einen bestimmten selbständigen Erfolg herbeiführt. Nur Einigung und Eintragung zusammen bringen im Falle des § 873 den beabsichtigten selbständigen Erfolg, nämlich die Änderung oder Entstehung des dinglichen Rechtes,

[23]) Bruck S. 11; Ortlieb S. 35 Anm. 1.
[24]) Koffka S. 167 ff.
[25]) Dagegen: Biermann S. 48; Cosack II. S. 19; Ortlieb S. 34.
[26]) Beispiel von Ortlieb S. 34.
[27]) Cosack II S. 19.

hervor. Kommt letzteres nach der Eintragung zustande, so beruht es nicht auf der Einigung allein, sondern auf der Gesamtwirkung von Einigung und Eintragung[28]). Die Einigung ist nur ein Teil eines Vertrages, sie bedarf stets noch eines aliud, um zu einem rechtlichen Erfolge zu gelangen. In den Protokollen[29]) heißt es zwar, es sei nichts Ungewöhnliches, wenn zu einem an sich fertigen Vertrage noch der Eintritt einer weiteren Rechtsbedingung hinzukommen müsse, damit der Vertrag seine Wirkung vollständig erhalte. Demgegenüber ist zu betonen, daß der Vertrag ein in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist. Hat die Einigung keine selbständigen Wirkungen, sondern erst ein Rechtsakt, zu dem sie als bloßer Bestandteil hinzutritt, so liegt ein Vertrag nicht vor. Ein sachenrechtliches Rechtsgeschäft über Grundstücke setzt sich stets aus zwei Momenten zusammen: aus der Abgabe der Parteierklärungen, daß eine Rechtsänderung eintreten solle, und aus der Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch. Einigung und Eintragung sind die Erfordernisse eines einheitlich gedachten Rechtsaktes, jedes ist nur ein Element desselben.

Dieselbe Rolle spielt die Einigung auch bei der Rechtsänderung an beweglichen Sachen im Falle der §§ 929, 1032, 1205, 1260 und 1292. Auch hier kann die Einigung für sich allein niemals die gewollte Rechtswirkung herbeiführen. Die Verschiedenheit zwischen der Rechtsänderung an beweglichen und unbeweglichen Sachen liegt nicht etwa in der verschiedenen Natur der Einigung, sondern in dem Unterschiede, der zwischen Eintragung und Übergabe besteht.

Während nämlich Einigung und Eintragung regelmäßig durch Tage und Wochen, ja Monate von einander getrennt sind, fallen Einigung und Übergabe fast immer zusammen, derart, daß die Übergabe implicite die Einigung mitumfaßt. Ferner ist bei der Rechtsänderung an Grundstücken neben der Einigung stets die Eintragung erforderlich. Bei der Rechtsänderung an beweglichen Sachen dagegen kann die gundsätzlich

---

[28]) Fuchs S. 68 hat den Standpunkt vertreten: Die Eintragung schaffe das Recht. Diese hat nun zwar eine konstitutive Bedeutung, sie schafft das Recht aber nur mit der Einigung zusammen. Von dem Augenblicke der Eintragung an ist allerdings die Rechtsänderung erst vollzogen, das Recht nach außen hin erkennbar. Diese Konsequenzen ergeben sich indessen aus dem Publizitätsprinzip des Grundbuchs. „Die Eintragung begründet eine formale Legitimation, an sie knüpft sich die Vermutung für den Bestand oder Nichtbestand des betreffenden Rechtes. Damit ist aber noch keineswegs die formale Rechtskraft der Eintragung gegeben. Es ist grundsätzlich abgelehnt worden, den Eintritt der Rechtsänderung lediglich von dem obrigkeitlichen Akte der Eintragung abhängig zu machen (Mot. III. S. 137); die Folge dieser Ablehnung ist der Berichtigungsanspruch des § 894. Nur in einer Richtung besteht eine Modifikation: allein nach der Eintragung richtet sich das Rangverhältnis unter mehreren das Grundstück belastenden Rechten, wenn sie in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind. Dieser Anomalie liegt die Erwägung (Mot. III. 227) zu Grunde, daß der Satz: unter mehreren Rechten an einem Grundstück geht das ältere dem jüngeren vor, am deutlichsten zum Ausdruck gelangt, wenn die Rangordnung allein auf das Datum der Eintragung abgestellt ist." (Bruck S. 13.)

[29]) Protokolle III. S. 58 ff.

geforderte Übergabe durch gewisse Surrogate der brevi manu traditio, des constitutum possessorium und der Vindikationszession ersetzt werden. Stets aber wird, wie bei der Rechtsänderung an Grundstücken, die Einigung erfordert. Fehlt diese, so tritt die Rechtsänderung nicht ein. Andererseits sind die Übergabe und ihre Ersatzmittel aber nicht etwa als bloße Bedingungen anzusehen, von deren Erfüllung der Eintritt der dinglichen Wirkung abhängig ist, sondern vor der Übergabe usw. liegt niemals ein rechtlich relevantes Rechtsverhältnis vor.

Cosack[30]) will im Falle des § 929 zwei von einander völlig selbständige Verträge zwischen Veräußerer und Erwerber erblicken: den „Übereignungsvertrag im engeren Sinne", d. h. die Vereinbarung, daß das Eigentum der Sache auf den Erwerber übergehen soll und die Übergabe. Diese Ansicht läßt sich indessen nach dem Gesagten nicht aufrecht erhalten; der Irrtum dürfte dadurch veranlaßt sein, daß die Übergabe sich in den meisten Fällen nicht so scharf von der Einigung trennen läßt, wie dies bei der Eintragung der Fall ist. Wenn auch die Einigung implicite meistens in der Übergabe mitenthalten ist, so sind beide Momente doch juristisch scharf auseinanderzuhalten[31]).

Wir sehen also, daß in allen Fällen, in denen die Einigung im Sachenrecht vorkommt, dieser keine selbständige Bedeutung zukommt, daß ein dinglicher Vertrag und damit ein Verfügungsgeschäft nur dann vorliegt, wenn zu der Einigung noch ein „sonstiges Tatbestandsmoment" hinzutritt. Bei der Rechtsänderung an beweglichen Sachen ist dieses Tatbestandsmoment ein reales, bei der Rechtsänderung an unbeweglichen Sachen die Mitwirkung einer Behörde. Bei der Besitzeinräumung nach § 854 II aber fehlt dieses Tatbestandsmoment, denn der Umstand, daß der Erwerber in der Lage sein muß, die tatsächliche Gewalt auszuüben, kann als ein solches nicht angesehen werden.

Folgen wir nun der Terminologie des Gesetzes, so sind wir zu der Annahme berechtigt, daß der Einigung des § 854 II keine andere Bedeutung beizulegen ist als in den genannten Fällen auch, daß sie kein dinglicher Vertrag ist und daß mithin, da es im Falle des § 854 II an einem „sonstigen Tatbestandsmoment" stets fehlt, die nach diesem Paragraphen erfolgende Besitzeinräumung nie eine Verfügung sein kann. Und doch wollen selbst Schriftsteller, die ihr in allen anderen Fällen keine selbständige Bedeutung beilegen, inkonsequenterweise der Einigung des § 854 II eine weitergehende Bedeutung zuschreiben.

Hiergegen spricht aber außer der Terminologie des Gesetzes noch ein weiteres Moment. Wir haben oben gesehen, daß die Verfügung nur über einen Gegenstand, d. h. Sache (Eigentum), und Recht möglich ist. Mit Recht sagt daher auch Strohal[32]) von seinem Standpunkt aus:

„Die Einigung, von welcher hier die Rede ist (§ 854 II), bezweckt, daß in Folge derselben hinsichtlich der in Betracht kommenden Sache

[30]) Cosack Bd. II. S. 117.

[31]) Bruck a. a. O. S. 19.

[32]) Strohal, Der Sachbesitz, 1897 S. 81.

die „Rechtsstellung eines Besitzers nicht mehr dem bisherigen Besitzer, sondern dem Erwerber zukommen soll" usw.

Durch die Einigung soll also die „Rechtsstellung" geändert werden. Dies führt uns zu der Frage, ob der Besitz überhaupt ein Recht ist, über das verfügt werden kann. Nur, wenn der Besitz ein Recht im Sinne des Verfügungsgegenstandes ist, läßt sich die Frage, ob der Einigung wenigstens im Falle des § 854 II dinglicher Vertragscharakter beizulegen ist, diskutieren.

§ 8.

Es ist viel darüber gestritten worden, ob der Besitz lediglich tatsächlicher oder auch rechtlicher Natur sei. Nach dem heutigen Stande der Wissenschaft kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß das B. G. B. das Wort „Besitz" in beiden Bedeutungen anwendet [1]). Der Besitz ist eine Tatsache, insoweit es sich um den Zustand handelt, daß eine Person die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat; er ist ein Recht, insoweit es sich um den Rechtsschutz handelt, den dieser Zustand verleiht. Dieses Recht des Besitzes ist ein subjektives und zwar ein dingliches Recht, allerdings kein dingliches Recht im technischen Sinne, da es in seiner Gesamtwirkung hinter andere dingliche Rechte zurücktritt. Es ist daher, wie Kipp bei Windscheid [2]) mit Recht hervorhebt, stets zu untersuchen, inwieweit auf das Recht des Besitzes die allgemeinen Vorschriften über dingliche Rechte Anwendung finden können oder vielmehr inwieweit dieses Recht wegen seiner eigentümlichen Natur anders als andere dingliche Rechte zu behandeln ist. So kann man heute als herrschende Lehre ansehen, daß der Besitz ein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 ist [3]). Andererseits steht fest, daß auf das Recht des Besitzes die Vorschriften des zweiten Abschnittes des Sachenrechtes im B. G. B. keine Anwendung finden.

Für die uns interessierende Frage, ob das Recht des Besitzes als Verfügungsgegenstand angesehen werden kann, haben wir zu untersuchen, ob es die den Verfügungsgegenständen charakteristischen Merkmale aufweist oder ob es sich von den Verfügungsgegenständen derart

---

[1]) So Windscheid-Kipp S. 793 f.; Bekker in Jh. J. Bd. 34 S. 27; Derselbe: „Aphorismen zur Besitzlehre" in: Beiträge zur Auslegung des B. G. B. H. 1 S. 15 ff.; Affolter, Arch. f. B. R. 17 S. 12 ff.; Nord, Die rechtl. Natur der Besitzübertragung, Rost. Diss. 1903; Kappler, Lehre vom Besitz, Freib. Diss. 1899; Enneccerus, Lehrbuch I § 73; Oertmann, Arch. f. B. R. Bd. 20 S. 220 ff.; Wolff, Lehrbuch S. 4 f.; Zitelmann, Internationales Privatrecht II S. 308 ff.; Oertmann, Kommentar Anm. 3 e zu § 823; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft § 36; u. v. a. m.

A. A. Planck; Sohm, Der Gegenstand S. 28; Männer, Das Sachenrecht nach dem B. G. B. S. 124 ff.; Sokolowski a. a. O. S. 247; Strohal Jh. J. 38, S. 1 ff., der den Besitz lediglich für ein Rechtsgut hält.

[2]) Kipp bei Windscheid S. 794.

[3]) Oertmann, Anm. 3 c zu § 823; Kipp bei Windscheid S. 948; v. Liszt, Die Deliktsobl. des B. G. B. S. 21; Linckelmann, Arch. f. B. R. 13, 88 u. n. a. m., auch R. G. E. 59, 328.

A. A. Planck No. II. 1. f. δ zu § 823; Eccius bei Gruchot 53, 8 ff. u. a.

unterscheidet, daß es als solcher nicht angesehen werden kann. Eine kurze Betrachtung wird zeigen, daß wesentliche Unterschiede vorhanden sind. Greifen wir einige Verfügungsgegenstände heraus: Das Eigentum, ein bestehendes Forderungsrecht, die Hypothek. Allen drei ist gemeinsam, daß sie grundsätzlich nur mit Einwilligung des Berechtigten auf einen Anderen übergehen können. Niemand kann ein Forderungsrecht Jemandes erwerben, wenn es der Berechtigte ihm nicht zediert, niemand eine Hypothek, wenn der Hypothekar sie ihm nicht überträgt, es sei denn mit Hülfe des Gerichtes. Niemand kann ohne Einwilligung des Eigentümers das Eigentum an eine Sache erwerben, es sei denn ausnahmsweise durch gutgläubigen Erwerb, durch Verarbeitung oder dergl. Die Regel bleibt in allen Fällen, daß der Berechtigte zustimmen muß; nur aus praktischen Gründen hat das Gesetz Ausnahmen zugelassen. Demgegenüber ist zum Erwerbe des Besitzrechtes die Einwilligung des Berechtigten nicht erforderlich; dieses erlangt man auch ohne, ja selbst gegen den Willen des Berechtigten.

Und weiter: Für den Erwerb des Eigentums an einem Gegenstande, eines Forderungsrechtes, einer Hypothek ist ein rechtsgeschäftlicher Wille des Erwerbenden erforderlich. Für den Erwerb des Besitzrechtes wird ein solcher nicht verlangt, es genügt vielmehr ein „natürlicher" Wille. Dies ist nicht unbestritten. Das B. G. B. erwähnt den Besitzwillen nicht. Aus der Vorschrift des § 867 B. G. B. ist indessen zu entnehmen, daß zum Besitzerwerb ein Wille erforderlich ist. Im § 867 heißt es nämlich:

> „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist."

Hieraus geht also hervor, daß die bloße Herstellung eines räumlichen Verhältnisses zum Besitzerwerbe nicht genügt, daß vielmehr ein „nehmen" erforderlich ist. Ein „nehmen" aber setzt eine Handlung voraus, und eine Handlung ist nicht denkbar ohne einen Willen. Zum Besitzerwerb gehört also ein Wille. Dieser Wille braucht indessen kein rechtsgeschäftlicher zu sein, es genügt vielmehr ein rein „natürlicher" Wille. Hieraus erklärt es sich, daß auch Geschäftsunfähige Besitz erwerben können. Affolter [4]) meint allerdings, daß auch für den Besitzerwerb Geschäftsunfähiger ein rechtsgeschäftlicher Wille erforderlich sei; dieser werde von dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen geäußert; geschähe dies erst nach Herstellung des räumlichen Verhältnisses, so habe der Wille rückwirkende Kraft; der Besitz sei in diesem Falle also bereits mit dem Momente erworben, in dem das räumliche Verhältnis hergestellt ist. Aber abgesehen davon, daß diese Annahme einer rückwirkenden Kraft des Willens durchaus willkürlich erscheint, führt sie auch praktisch zu einem wenig befriedigenden Ergebnis. Man denke an folgenden Fall: Es hat jemand einem Geschäftsunfähigen in Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters eine Sache geschenkt; im nächsten Augenblick bekommt er

[4]) Affolter, Arch. f. B. B. Bd. 17, S. 1 ff.

Reue; er verlangt die Sache zurück; da der Geschäftsunfähige sich weigert, wendet er Gewalt an. Erteilt der gesetzliche Vertreter später seine Genehmigung zum Besitzerwerbe des Geschäftsunfähigen, so ist der Schenker wegen Nötigung nach § 240 Str. G. B. zu bestrafen. Erteilt der gesetzliche Vertreter die Genehmigung nicht, so ist der Schenker straffrei, denn der Geschäftsunfähige hat keinen Besitz erlangt, er handelte in verbotener Eigenmacht, indem er den Schenker im Besitze störte. Wir halten also daran fest, daß zwar ein Wille zum Besitzerwerb erforderlich ist, daß aber ein „natürlicher" Wille genügt[5]). Mithin zeigt sich auch hier ein großer Unterschied zwischen dem Besitz und den Verfügungsgegenständen.

Aus diesem ergibt sich ein letzter Unterschied, nämlich: zum Erwerb des Eigentums an einem Gegenstande, eines Forderungsrechtes, einer Hypothek ist Geschäftsfähigkeit erforderlich, zum Erwerb des Besitzes nicht.

Diese Beispiele werden genügen zum Beweise unserer Behauptung, daß zwischen dem Rechte des Besitzes und den Verfügungsgegenständen ein tiefgreifender Unterschied besteht, ein Unterschied, der u. E. so groß ist, daß es sich rechtfertigt, wenn wir das Recht des Besitzes nicht zu den Verfügungsgegenständen rechnen[6]).

§ 9.

Wir sehen also, daß alle Versuche, die Besitzeinräumung auf Grund des Pachtvertrages als Verfügung anzusehen, zurückzuweisen sind. Und doch ist es, wie gezeigt, ein dringendes Postulat der Billigkeit, dem Vorgemerkten im Falle des § 883 II das Recht zu geben, die Räumung des Grundstücks seitens des Pächters zu verlangen.

U. E. hat Wolff den richtigen Weg gewiesen, wenn er sagt:

> „Nicht nur Verfügungen, wie das Gesetz sagt, sondern auch andere Ereignisse des Rechtslebens können, soweit sie das Recht des Vorgemerkten beeinträchtigen würden, ihm gegenüber keine Wirkung haben"[1]).

Mittels Analogieschluß muß man also hier zu einem praktisch befriedigenden Ergebnis kommen. Wenn der Gesetzgeber es übersehen hat, einen so wichtigen Gesichtspunkt klar zum Ausdruck zu bringen, so hat die Literatur und Rechtsprechung allen Grund, kleinliche Rücksichten auf den Wortlaut des Gesetzes beiseite zu lassen und dem praktischen Bedürfnisse entsprechend eine vernünftige Interpretation des Gesetzes herbeizuführen. Man hat auch in anderen Fällen keinen Anstoß daran ge-

---

[5]) So auch Gierke, Fahrnisbesitz S. 4; Kappler a. a. O. S. 64 ff.; Wolff, Der Begriff des Besitzes nach dem deutschen B. G. B. Erlang. Diss. 1898 S. 17 ff.; Frank, Der Besitzwille nach dem B. G. B. Bonner Diss. 1898 S. 14 ff. u. a. m. Keinen Besitzwillen verlangen u. a.: Sokolowski a. a. O. S. 245 f.; Männer a. a. O. S. 131; auch Bekker in Jh. J. Bd. 34, S. 28 f. hält den Besitzwillen nicht immer für erforderlich.

[6]) So auch ohne Begründung Wolff, Lehrb. S. 5.

[1]) Wolff, Lehrbuch II § 48 S. 120.

nommen, durch Analogieschluß dem Wortlaut des Gesetzes zu einer praktisch befriedigenden Auslegung zu verhelfen; es läßt sich kein Grund einsehen, weshalb man es nicht auch hier tun sollte.

Es ist übrigens wohl sogar anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Besitzeinräumung auf Grund eines Pachtvertrages im Falle des § 883 als Verfügung angesehen hat. Hierfür spricht folgende Erwägung: Wir haben oben (in § 2) gesehen, daß beim gesetzlichen Güterrecht Verfügungen, die der Ehemann über das eingebrachte Gut ohne Zustimmung der Frau trifft, unwirksam sind, ebenso wie Verfügungen des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück, soweit sie das Recht des Vorerben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Wir haben andererseits gesehen, daß bei Verpachtungen der Grundstücke seitens des Ehemannes bzw. der Vorerben die Vorschriften des § 1056 Anwendung finden, wonach der Ehefrau bzw. dem Nacherben lediglich das Recht zugestanden wird, das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen.

Dem Vorgemerkten im Falle des § 883 wird ein derartiges vorzeitiges Kündigungsrecht vom Gesetz nicht zugestanden. Sollte er also ganz schutzlos dastehen, wo doch die Billigkeit mindestens im selben Maße seinen Schutz verlangt? Der Grund dafür, daß hier im Falle der Verpachtung nicht auf § 1056 verwiesen wird, ist u. E. darin zu finden, daß dem Gesetzgeber eine klare Vorstellung von dem Begriffe der Verfügung nicht vorgeschwebt hat, wie aus der mannigfachen Bedeutung, in der das Wort im Gesetz gebraucht wird, hervorgeht. Er hat den Begriff der Verfügung im Falle des § 883 offenbar anders aufgefaßt, wie z. B. im Falle der §§ 1375 und 2113, derart, daß er die Besitzeinräumung auf Grund eines Pachtvertrages als Verfügung ansah. Er brauchte daher im Gegensatze zu den Fällen der §§ 1375 und 2113 hier eine besondere Regelung für den Fall der Verpachtung nicht zu treffen.

Wenn sich nun in der Literatur ein feststehender Begriff der Verfügung herausgebildet hat, so ist diese Begriffsbestimmung mehr oder minder willkürlich, aber es ist zweifellos gut, daß wir für die Verfügungen unter Lebenden eine generelle Definition haben, mit der wir fast überall auskommen. Wir wollen an dieser Definition nicht rütteln, denn sie ist brauchbar; wir wollen aber auch andererseits nicht einer bloßen Definition zuliebe praktische Härten befürworten, die zudem der Absicht des Gesetzgebers widersprechen. Und darum glauben wir, daß wir sowohl der von der Literatur aufgestellten Begriffsbestimmung, als auch der Absicht des Gesetzgebers und der Billigkeit gerecht werden, wenn wir unter Zuhilfenahme der Analogie die Verpachtung im Falle des § 883 II für unwirksam erklären.